Commission of Inquiry
into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar

Policy Review

Accountability and Transparency

A Background Paper
to the Commission's
Consultation Paper

December 10, 2004

In a democratic society, *accountability* is a key value. Accountability means having an obligation to answer for, or explain, one's actions. Elected officials are expected to be held accountable to the voters for their record in office. Governments are accountable for the expenditure of taxpayers' dollars. Appointed officials are expected to be accountable for their conduct of public administration. Even private corporations and associations, such as churches and trade unions, are increasingly expected to be accountable for their actions taken in trust, as it were, on behalf of the society.

Accountability takes a number of specific forms. Generally, we can address a number of questions to help specify more precisely what forms of accountability are being looked at:

- accountability *for what?*
- accountability *to whom?*
- accountability *by whom?*
- accountability *of whom?*
- accountability *when?*

In addition, the accountability relationship is understood in two very different senses, sometimes as *controlling*, and sometimes as *explanatory*.[1] When accountability implies control, it means that those held accountable are *subordinate* and *obedient* to those to whom they account – for instance, public servants accountable to the responsible minister. When accountability implies explanation, it means that those held accountable *cooperate* with those to whom they account – for instance, an agency providing information on its activities to an independent review body. In practice, accountability often implies both control and explanation, but to different authorities. Accountability within an organization to a minister or executive generally means control, but the same organization may also be accountable to an authority that does not exercise direct control over its activities, but can require cooperation in providing information about those activities. For example, a department of government exercises internal management of

[1] Geoffrey Marshall, 'Police accountability revisited', in D. Butler and A. Halsey, eds., *Policy and Politics* (London: Macmillan, 1978), pp. 51-65.

the financial operations of its sections, but the same department is also subject to the external scrutiny of the Auditor General and the Public Accounts Committee of the House of Commons. Both are examples of accountability, but internal management represents accountability as control, while the external audit represents accountability as explanation.

Accountability sometimes takes on yet another face. Mechanisms of accountability seem to imply a relationship of power or influence over those held to account, whether these are exercised through control or through cooperation. But accountability may also offer *legitimacy* to those persons or organizations held accountable. By effectively managing the presentation of information about their activities, organizations can communicate a favourable image of themselves.[2] In this sense, external review bodies are sometimes said to have been 'captured' by those agencies they are charged with reviewing. This is not an inevitable, but a possible outcome, of the working of accountability. Those designing accountability mechanisms must be aware of this potential.

Examining accountability from the perspective of improving government performance, former senior public servant and student of public administration David A. Good cites three ways of looking at accountability from the inside, as it were:[3]

- Accountability for control
- Accountability for assurance
- Accountability for learning

Accountability for control means controlling the abuse and misuse of public authority. Accountability for assurance, on the other hand, is concerned about providing assurance

---

[2] Richard Ericson identifies *'account ability'* to describe "the capacity to provide a record of activities that explains them in a credible manner so that they appear to satisfy the rights and obligations of accountability." Richard V. Ericson, 'The news media and account ability in criminal justice', in Philip C. Stenning, ed., *Accountability for Criminal Justice: Selected Essays* (Toronto: University of Toronto Press, 1995) p. 137.

[3] David A. Good, *The Politics of Public Management: the HRDC Audit of Grants and Contributions* (Toronto: University of Toronto Press, 2003), pp. 166-73, citing Peter Aucoin and Ralph Heintzman, 'The dialectics of accountability for performance in public management reform', *International Review of Administrative Sciences* 66:1 (March 2000) pp. 43-53.

to Parliament and citizens that public authority and tax dollars have been used appropriately and ethically. Accountability for learning means ways by which the assessment of performance becomes the stimulus for promoting improvement. Good cautions that each of these forms of accountability hides tensions and contradictions, especially when all three are pursued simultaneously by organizations. He concludes that "any single accountability perspective is partial, incomplete, and in competition with the others. It is by skilfully combining and balancing all three that we are likely to see the most progress."[4]

Secrecy and accountability

Accountability and transparency go hand in hand. Yet public administration is never fully public. Much of the business of government necessarily takes place behind closed doors, just as much of the business of private corporations is kept securely out of the public eye and away from the scrutiny of competitors. In both cases, there are good reasons for secrecy. Sometimes, of course, there are bad reasons invoked for secrecy, and it is the job of audit and review bodies to expose these bad reasons and determine if something is being covered up that requires publicity. But by the same token, accountability must recognize and respect the legitimate grounds for secrecy, and work within the limitations on transparency that these impose.

As the sociologist of bureaucratic organization, Max Weber, pointed out long ago, it is characteristic of bureaucracy that its operations are as secretive as possible.[5] A leading observer of British government terms administrative secrecy "Whitehall's cardinal virtue and dominant characteristic" and suggests that "secrecy is the bonding material which holds the rambling structure of central government together....Of all the rules of government, secrecy is the most sacred."[6] The Canadian political scientist Donald Savoie

---

[4] Good, *op. cit.*, p. 179.
[5] H.A. Gerth and C. Wright Mills, eds., *From Max Weber: Essays in Sociology* (London: Routledge, 1970) pp. 233-4.
[6] Peter Hennessy, *Whitehall* (London: Fontana Press, 1990) pp. 345-6.

comments that "things are not much different in Canada...Secrecy and confidentiality have also permeated government operations in Canada."[7]

One of the reasons for secrecy is the highly competitive and partisan nature of Parliament. Information about government is used by the opposition as a source for criticism. Governments try to minimise political risk by reducing transparency, and managing the presentation of information in ways that enhance their political credibility. Government and opposition are only fulfilling their respective roles in a competitive democratic environment, but the result is that secrecy is the rule, while disclosure is the exception, either forced or managed, as the case may be. It has always been an operating principle of the Westminster system of government that cabinet deliberations remain strictly confidential; "cabinet confidences" (including not only cabinet minutes and decisions, but cabinet documents) are excluded from the *Access to Information Act*.

Of course, there are also legal and ethical reasons for maintaining forms of administrative secrecy. The larger government has become, the more its operations penetrate and influence the society, the greater the need to maintain secrecy about its plans, lest private interests gain financial or competitive advantage from 'inside information'. Thus the requirement for secrecy surrounding the preparation of budgets with their tax implications, or the requirement of secrecy around preparing regulatory instruments for the private sector.

Secrecy in government may be inevitable, but the acceptable degrees and limits of secrecy are often issues of controversy. This is especially the case where accountability is in question. The administrative requirements of confidentiality and the need for relative transparency in holding governments accountable are in persistent tension with one another. Accountability fails when secrecy is excessive, or is deliberately and illegitimately employed for covering up incompetence or wrongdoing. Yet an accountability mechanism that fails to respect the legitimate reasons for secrecy will be

---

[7] Donald J. Savoie, *Breaking the Bargain: Public Servants, Ministers, and Parliament* (Toronto: University of Toronto Press, 2003) p. 44.

unacceptable and unworkable. Accountability mechanisms are designed to negotiate the sometimes complex path between secrecy and transparency. Striking an appropriate balance is key to successful accountability architecture. This is easier said than done, of course.

Accountability in national security

If accountability and secrecy are generally in tension, this is all the more so in matters of national security and law enforcement. These present particular problems, not usually encountered in other areas of government. Security, intelligence and policing agencies have special and necessary requirements for secrecy that exceed the requirements for secrecy in other areas of government operations.

In the past, and even today in some countries, the proposition that the activities of intelligence and policing agencies must be kept strictly secret even to the extent of denying the desirability of any form of external review or oversight, has been taken as almost self-evident. Threats to national security that are clandestine and designed to elude detection can only be met with equivalent secrecy and concealment on the part of those charged with assessing and countering these threats. As an unchallenged general proposition, this argument would seem to rule out any effective external accountability mechanism for such agencies, leaving oversight and control as exclusively internal, either by the agencies themselves or by their political masters, but with no transparency. This argument is no longer accepted in Canada, where forms of external review have been implemented for security intelligence and policing agencies over the past few decades. If the *general* requirement for secrecy can no longer be taken to exclude external review, it is nonetheless the case that the *specific* requirements for secrecy must be taken fully into account in designing any accountability mechanisms in this area. We can look at these specific requirements in turn.

Secrecy of sources

Security and intelligence agencies have always relied upon *human sources* of intelligence. They have always been adamant that the identities of their sources, and the

identities of agents operating under cover, must be protected to the fullest extent possible. The anonymity of sources is key to their recruitment and retention: whatever the motive for cooperating (which may range from idealism to coercion to financial incentives, or mixtures thereof), potential human sources must be assured that their double identities will not be revealed. The moment the identity of a source is disclosed, the usefulness of that source is terminated. In many cases, as with the penetration of violent organizations, the protection of the identity of a source may be literally a matter of life or death.

The *CSIS Act* makes it a criminal offence punishable by up to five years imprisonment for unauthorized disclosure by an official or former official of the identity of "a confidential source of information or assistance" to CSIS or "any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service."[8] The *Access to Information Act* contains exemptions for information that "would reveal the identity of a confidential source of information" in criminal law enforcement investigations, or "any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to threaten the safety of individuals."[9] The disclosure of confidential sources has sometimes been an issue when deciding whether to initiate criminal prosecution in national security cases that rest on the testimony of confidential sources. Part 3 of the *Anti-terrorism Act* contains a number of amendments to the *Canada Evidence Act*[10] seeking to protect against the disclosure in open court of the identities of sources in anti-terrorist cases[11].

Secrecy of investigative methods and tradecraft

Equally important to intelligence and law enforcement agencies is the protection of information about their methods of investigation, including technical means of intrusive surveillance. Since the targets of security surveillance and criminal investigations constitute covert or concealed threats to the security of Canada, the methods used to identify and assess these threats, and, on occasion, to prosecute, must necessarily be

---

[8] *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23 (*CSIS Act*), s. 18(1).
[9] *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1, s. 16(1)(c)(ii) and s. 17. Similar exemptions can be found in the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, s. 22(1)(b)(ii) and s. 25.
[10] R.S.C. 1985, c. C-5.
[11] S.C. 2001, c. 41, Part 3, ss. 43-46.

protected from disclosure, as any such information could assist those targeted to evade detection. Investigative methods may encompass a wide range of matters, from targeting to budgeting of resources, from operational technology to the 'tradecraft' of the agency's operatives (the accumulated experience and culture of how they go about their business). As with the case of human sources, investigative methods are protected against disclosure under the *Access to Information* and *Privacy* acts, and may also be blocked from disclosure in court under the strengthened evidence provisions of the *Anti-terrorism Act.*

Secrecy of information received in confidence from abroad

A major reason for secrecy, especially in recent years, is the use by Canadian intelligence and law enforcement agencies of information received in confidence from foreign governments and their agencies, or from international organizations. A large proportion of the intelligence on which Canada relies to assess threats to Canadian security results from intelligence exchanges and information sharing with co-operating agencies in friendly countries. Much of the intelligence that Canada receives is designated as confidential and released only on the guarantee that it will not be publicly revealed. In some cases, the intelligence may even be designated only for the specific agency with which it is shared; the latter being expected to restrict circulation even with its sister agencies. Canada, in turn, shares its intelligence with co-operating foreign agencies on the same basis of confidentiality. Breaches of these arrangements could result in a breakdown of the networks of intelligence exchange, which could seriously damage the effectiveness of security and law enforcement co-operation in Canada and abroad. Thus Canadian agencies are insistent that confidentiality regarding all information received from allied and co-operating agencies must be protected from unauthorized disclosure. There are a number of legal guarantees in place here as well, embedded in various Canadian statutes, including the new *Security of Information Act*, and in evidentiary procedures in Canadian courts when disclosure could be considered injurious to the conduct of international relations.

These three areas of secrecy – identity of human sources; investigative subjects and methods; and relationships with other police and security intelligence services in Canada

and abroad including information received in confidence from such agencies – together broadly define the matters that most concern security and law enforcement agencies with regard to the security of information. If the need for secrecy is evident, the precise boundaries defining what must remain secret, and what may be disclosed, are not always clear and are often the basis for controversy. When it comes to accountability, the agencies may have legitimate concerns about secrecy that are even greater than those of normal government bodies. It is, however, no longer accepted that they should be able to act, in effect, as sole judges in their own cases in defining what must remain secret and what may be disclosed. Disclosure decisions are normally subject to judicial review, even if it is necessary to hold *ex parte* proceedings, where secret material is reviewed *in camera*. Accountability mechanisms for national security typically operate with some mixture of publicity and secrecy. Review bodies have access to information that cannot be disclosed, or even in some cases explicitly referenced in public, but this need not deter them from reporting their findings publicly, with as much indication concerning confidential material as can be reasonably summarised. Occasionally, disputes over disclosure between agencies and those bodies reviewing their activities may require adjudication. But in no case should the requirements of secrecy any longer be taken as a complete bar to external accountability.

Secrecy, moreover, is not merely a matter of insiders vs. outsiders. Within the executive branch of government, security and intelligence agencies have privileged access to secrecy not generally available to other departments and agencies. To the extent that they can withhold information from other parts of the executive, they are less accountable. Even within security and intelligence agencies, there are well-known practices of *compartmentalization* and the '*need to know*' principle that limit the transparency of operations to colleagues, let alone outsiders. This is a problem that only accentuates the need for accountability within government as well as from the outside. [12]

---

[12] The late US Senator, Daniel Moynihan, from his extensive experience in oversight of US intelligence, stressed that: "Departments and agencies hoard information, and the government becomes a kind of market. Secrets become organizational assets, never to be shared save in exchange for another organization's assets....[T]he system costs can be enormous. In the void created by absent or withheld information, decisions are either made poorly or not at all." Daniel Patrick Moynihan, *Secrecy: the American Experience* (New Haven & London: Yale University Press, 1998), p. 73.

National security and law enforcement

The need to maintain high levels of secrecy in national security matters is not the only barrier to accountability. Threats to national security pose an *intelligence* problem to governments charged with responsibility for maintaining public safety and promoting the national interest. Security and intelligence agencies collect information and assess such threats, employing intrusive surveillance and other extraordinary powers to do so. But security threats also pose a *law enforcement* problem, where criminal investigations and criminal prosecutions may be undertaken.

In Canada, prior to 1984, both security intelligence assessments and national security criminal investigations were the responsibility of the RCMP. Following the recommendations of the McDonald Commission of Inquiry in 1981[13], the government of Canada accepted that this combination of responsibilities in a single policing agency was inappropriate. Consequently in 1984, Parliament passed the *CSIS Act* creating CSIS as a security intelligence service with no powers of criminal investigation or prosecution, along with the *Security Offences Act*[14], which specifies law enforcement responsibilities for the RCMP regarding national security offences. This institutional division of responsibilities for national security is one that has long been practised in the United Kingdom, where the Security Service or MI-5 is separated from the Special Branch which undertakes criminal law enforcement. However, in the United States, the Federal Bureau of Investigation (FBI) continues to combine both security intelligence and national security law enforcement within the same agency.

Whatever the institutional arrangement, the distinction between security intelligence and law enforcement is important in determining appropriate mechanisms of accountability. In regard to law enforcement, there is in Canada the well-known principle of *police independence*, requiring an arm's-length relationship between external political control and decisions to initiate and/or to halt criminal investigations, as well as to prosecute.

---

[13] Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, 2nd Report, *Freedom and Security Under the Law* (Ottawa: Minister of Supply & Services Canada, August 1981).
[14] R.S.C. 1985, c. S-7.

This has been widely accepted as a necessary safeguard against a government that might abuse its law enforcement powers by arbitrarily directing them at its opponents. In regard to security intelligence, direct political control of agencies engaged in sensitive national security threat assessments is generally regarded as not only desirable but necessary. In the absence of such control in the form of ministerial responsibility, security intelligence agencies with their extraordinary and intrusive powers might be seen as a potentially unchecked threat not only to the rights and liberties of citizens, but even to the elected government of the day. Where the two functions overlap, especially when they overlap within the same agency, there is inevitable tension between the need for both arm's length, and direct, control.

In 1984 Parliament prescribed different accountability mechanisms for CSIS and the RCMP, reflecting their different roles and the different principles of governance surrounding these roles. However, in practice, it may prove difficult to neatly separate national security law enforcement from security intelligence. For instance, a decision whether to undertake a criminal prosecution in a case of terrorism or espionage may require tradeoffs between the public interest in securing a conviction and the government's desire to maintain an undercover source or sources to gain a wider intelligence picture of the operations of a hostile organization or network. A prosecution against persons associated with a foreign state or a foreign non-state network may have repercussions for Canadian foreign policy. A decision to prosecute or not to prosecute a charitable organization for indirectly funding terrorist activities may have implications for the rights and privileges of individuals and identifiable groups in Canada, a legitimate political concern for democratic governments. This complexity and overlap of functions must be fully taken into account in devising an appropriate accountability mechanism for a law enforcement agency involved with national security issues.

Accountability *for what*?

Accountability may be used in reference to *propriety* or to *efficacy*. In practice, it is invariably in reference to both, but the two senses should be distinguished conceptually,

since they each entail somewhat different mechanisms of accountability.[15] Propriety refers to compliance with law and with ethical norms, both in relation to ends and to means. Are the goals of the security service appropriately framed in relation to the values of the society? Are the methods used ethically acceptable in light of the goals and of democratic values? Efficacy tends to focus on the relation of means to given ends: are they efficient and giving value for money?

Propriety issues are often directed in the first instance at national security agencies, reflecting concern at the potential for abuse of powers and at possible lack of democratic political control over agencies that operate in secret and may, when unchecked, threaten the rights of citizens and the rule of law. However, there is an opposite concern that is equally valid – that governments could misuse their national security agencies against their political opponents and against the legitimate activities of individuals or groups of which governments disapprove. Both kinds of potential abuse represent serious threats to the fundamental principles of a free society. Any effective accountability mechanism should take notice of potential abuse emanating from national security agencies acting beyond political control, and from governments abusing their national security powers for partisan advantage. Accountability in national security thus requires mechanisms that can balance these two different kinds of potential concerns.

Accountability *to whom*?

This leads to another dimension of accountability: *to whom* is the agency accountable? Broadly, there are five actors to whom forms of accountability may be directed: the *executive*, *judicial*, and *legislative* branches of government, special *public inquiries* called from time to time, and a more diffuse concept of the *public*.

Executive accountability relates mainly to efficacy: is the agency doing what the executive has asked it to do, and how effectively and efficiently? Judicial accountability

---

[15] R. Whitaker, 'The politics of security intelligence policy-making in Canada: I 1970-1984', *Intelligence & National Security* 6:4 (1991), p. 650; R. Whitaker, 'Designing a balance between freedom and security', in Joseph F. Fletcher, ed., *Ideas in Action: Essays on Politics and Law in Honour of Peter Russell* (Toronto: University of Toronto Press, 1999), pp. 130-32.

relates almost exclusively to propriety: is the activity in compliance with law? Executive and judicial accountability are mainly of the control variety, since agencies must comply with cabinet directives and judicial rulings.

Legislative accountability is usually more mixed, combining efficacy and propriety concerns in shifting emphases depending on the issues and orientation of members. In a Westminster system, accountability to Parliament is, in practice, less control oriented than explanatory.

Much the same can be said for special public inquiries[16], the recommendations of which are not binding on governments, but advisory. Public inquiries on national security matters in Canada have been more likely to focus on propriety than on efficacy, since they have most often been called as a result of allegations of scandal of one kind or another. Inquiries' terms of reference may include efficacy issues as well. Occasionally, public inquiries are called primarily to address efficacy issues, as in the 9/11 Commission in the United States on why American intelligence failed to anticipate and prevent the September 11, 2001 terrorist attacks.

Accountability to the general public is also less predictable but has tended to focus more on propriety than efficacy, because there is less information available about the latter, and because the public, and especially the media (which *mediate* the public's perceptions of national security issues), respond to scandal and malfeasance more than to the complicated, arcane and often rather humdrum, details of the efficacy of the institutions and processes at work. If the media/public does perceive an efficacy issue, it is as often as not through the lens of a scandal. Accountability to the general public is a more diffuse concept than the other four types because there are few direct links between national security agencies and the public, other than public reporting on an annual or *ad hoc* basis by the agencies themselves, or indirectly through public reporting via the executive, legislative, judicial or special inquiry mechanisms. One issue that is specific to general

---

[16] Kent Roach, 'Canadian public inquiries and accountability' in Stenning, *Accountability for Criminal Justice*, *op.cit.*, pp. 268-93.

public accountability is access to information law and the ease or difficulty the media and public have in accessing information regarding national security matters. In Canada, the *Access to Information* and *Privacy* acts have been in effect since the mid-1980s, and have had some mixed success in permitting the diffusion of greater public information about the activities of national security agencies.

Accountability *by whom?*

It is easy to confuse the questions of accountability *to* and *by* whom, but while these sometimes overlap, they should be kept distinct. '*By* whom' refers to the specific body that actually conducts a review, which is different from the body to which it reports its conclusions. These will often both be in the same branch of government, but not always. For instance, the *CSIS Act* mandates two separate review bodies to report on CSIS. The Inspector General reports exclusively, and secretly, to the minister responsible, and thus offers a pure case of executive accountability, in both senses of 'by' and 'to'. However, the Security Intelligence Review Committee (SIRC) is constituted as an independent body that reports to the minister responsible, but also reports to Parliament, and with the publication of annual reports, to the public in general.

A parliamentary committee that reports to Parliament alone would be a pure case of parliamentary review, but a committee of parliamentarians that reports in the first instance to the prime minister (as in the United Kingdom) offers a mixed executive/parliamentary review. The office of the Auditor General, which conducts regular reviews of national security operations in the Canadian government is, although appointed by the executive, an independent officer of Parliament who reports to the Public Accounts Committee of the House of Commons.

There are a wide variety of specific accountability mechanisms that can be found in Canada and in other countries. Depending on the constitutional and political context, no single model can be seen as always and in every place the most appropriate. But when examining alternative mechanisms (the 'by whom'?) some general features should be considered. What is the appropriate degree of autonomy or independence, including

political or other pressures, that the review agency should have? Does the agency have sufficient resources to complete its task? Does it have access to persons and records commensurate with the requirements set for its review? Finally, does it possess sufficient legitimacy that its findings will be taken seriously and not simply as symbolic or a rubber stamp? These issues can be addressed by a variety of specific institutional mechanisms.

Accountability *of whom?*

The question of who is to be held accountable might seem obvious at first glance, but becomes more complicated on closer examination. In many cases, legislation specifies the body to be held accountable by review. This is the case with regard to the accountability mechanisms provided in the *CSIS Act*, where CSIS is the object or focus of the various mechanisms. The Director of CSIS is indicated as the officer responsible for the proper functioning of the Service, yet at the same time the Director answers to the Deputy Minister (formerly the Deputy Solicitor General, now the Deputy Minister for Public Safety and Emergency Preparedness), who in turn answers to the Minister, who is ultimately responsible and answerable for CSIS in Parliament. Clear lines of authority and ministerial responsibility were believed to be crucial to designing an effective accountability mechanism. However, in the case of the RCMP with its responsibilities for law enforcement and criminal investigation, the principle of police independence makes for more complicated lines of ministerial authority and responsibility.

Even with the ambiguities of responsibility, mechanisms of accountability that focus on a specified organization with its lines of authority have the virtue of clarity. Yet current trends in public management call this focus into question. The new public management stresses breaking down traditional departmental and organizational boundaries and building working partnerships across organizational boundaries, across jurisdictional boundaries, and even across the public and private sector divide, tending toward a new style of 'governing without space'. "Public accountability in the traditional sense has been lost in a bewildering assortment of quasi-public or quasi-private agencies', writes Donald Savoie.[17] He goes on to point out that accountability mechanisms have largely

[17] *Breaking the Bargain*, p. 244.

been designed with the old system of separate departments with clear boundaries around their responsibilities in mind. Thus, the trend to breaking down boundaries has "reduced accountability more than any shortcomings in the doctrine of ministerial responsibility."[18] This is a point that must be firmly addressed when contemplating any reform or improvement to existing accountability mechanisms.

Accountability *when?*

The question of the timing of accountability is crucially important, especially in sensitive national security matters. *Prior conditions*, constitutional,[19] legal, normative, or administrative, may be imposed upon agencies and officers specifying what they can and cannot, or should not, do. Forms of *ongoing supervision* may be imposed on their conduct. Finally, *ex post facto* review in the form of reports, financial audits, and evaluations provide the basis for public judgment on the performance of agencies and officials. Each of these have very different implications, for the agencies, and for the nature of accountability.

There is a distinction that may be drawn between accountability as *oversight* and as *review*. The two terms are sometimes used interchangeably with regard to national security.[20] However, greater precision in distinguishing the two usages is useful. As one observer has written, "'Oversight' means supervision, watchful care, management or control. 'Review' in contradistinction, means to view again, survey again, or take a retrospective view of events and activities that have already occurred. Accordingly, a

---

[18] *Ibid.*, p. 254.

[19] Laurence Lustgarten, 'Security services, constitutional structure, and varieties of accountability in Canada and Australia', in Stenning, ed., *Accountability for Criminal Justice*, *op. cit.*, pp. 162-84.

[20] In the CSIS Act, Part III is termed 'Review' in English and 'Surveillance' in French, the latter having more of a connotation of 'oversight' than review; similarly, the Security Intelligence *Review* Committee is called in French, Comité de *surveillance* des activités de renseignement de sécurité. This discrepancy has occasioned some misunderstanding among observers from time to time. In1990, SIRC announced that "with this annual report, we turn another small corner ourselves in hopes of ending a controversy over our past use of the term 'oversight' interchangeably with 'review' to describe our work. We now use the term 'review' only." They explained that the use of the term 'oversight' might be interpreted as invoking the wide powers of US congressional oversight committees, and thus "an attempt by us to stretch our mandate further than Parliament intended." SIRC, *Annual Report 1989-1990* (Ottawa: Minister of Supply & Services Canada, 1990), 1-2.

review process, strictly speaking, refers to an ex-post-facto process, where oversight suggests more of a watchdog function over ongoing activities of an agency."[21]

The Canadian government's 2004 consultation paper on a National Security Committee of Parliamentarians makes a clear distinction between the two terms, arguing that "confusion and crossed signals" have resulted when they are used interchangeably. This paper suggests that oversight, implying supervision, is "best understood by reference to the US system of government, where committees of the Congress have 'oversight' of federal agencies, meaning that the committees supervise these bodies, participating to a degree in their management and direction." In a Westminster parliamentary system like Canada's, oversight has been seen as the responsibility of ministers. Review on the other hand allows for an "independent assessment of the way in which the organization has performed", which makes in one sense for greater accountability.

Another way of looking at this issue is to return to the distinction between accountability as control, and as explanatory. The strong sense of oversight implies a degree of control. In the case of the US congressional oversight committees, there are elements of quasi-control vested in the committees, including a prior notification requirement for covert actions planned abroad. Parliamentary review in Westminster systems, on the other hand, does not vest any degree of control over executive action with parliamentarians outside cabinet. Review implies more of an explanatory than a controlling role. This need not, however, imply that *post hoc* review is merely passive or ineffective. The Auditor General's office produces informational audits of past performance, but it can promote compliance on the part of the executive due to the legitimacy and prestige of the office, as well as through its direct channel to parliament and to the general public.

Effective review can exercise indirect, if not direct control, by drawing attention to past mistakes and prompting remedial action. More importantly, effective review can alter the behaviour of those reviewed, in anticipation of future review. Internal control procedures

---

[21] Marina Caparini, 'Challenges of control and oversight of intelligence services in a liberal democracy', Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, Conference paper presented at the Workshop on Democratic and Parliamentary Oversight of Intelligence Services, Geneva, 2002.

may reflect the internalization of external review recommendations. In other words, focusing on review instead of oversight should not be taken as an admission that accountability is weak in Westminster systems. Rather, it is the preferred instrument of accountability in such systems.

Commission d'enquête
sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar

Examen de la politique

[TRADUCTION]

Responsabilité et transparence

Document de référence rattaché
au Document de consultation
de la Commission

10 décembre 2004

Dans une société démocratique, la *responsabilité* est une valeur essentielle. La responsabilité est l'obligation qui incombe à une personne de rendre compte de ses actes ou de les expliquer. Les électeurs s'attendent à ce que les députés qu'ils ont élus rendent compte de leur mandat. Les gouvernements doivent rendre compte de leur façon de gérer l'argent des contribuables. Les responsables nommés doivent rendre compte de leurs activités d'administration publique. De plus en plus, la société s'attend à ce que même les entreprises et associations privées, telles que les églises et les syndicats, répondent des actes qu'ils posent, en quelque sorte, pour son compte.

La responsabilité se présente sous plusieurs aspects. En général, nous pouvons nous poser un certain nombre de questions qui nous permettent de préciser davantage les aspects de la responsabilité qui nous intéressent :

- La responsabilité *pour quoi?*
- La responsabilité *envers qui?*
- La responsabilité *par qui?*
- La responsabilité *de qui?*
- La responsabilité *quand?*

En outre, le lien de responsabilité peut avoir deux caractéristiques très différentes, à savoir l'exercice d'un *contrôle* ou le droit d'exiger des *explications*[1]. Lorsque la responsabilité implique le contrôle, cela signifie que les personnes qui doivent rendre des comptes sont *subordonnées* aux personnes auxquelles elles sont comptables et qu'elles leur doivent un devoir d'*obéissance* – par exemple, les ministres demandent des comptes aux fonctionnaires qui relèvent d'eux. Lorsqu'elle est fondée sur l'obligation de fournir des explications, la responsabilité sous-entend que les personnes qui rendent des comptes *collaborent* avec les personnes envers lesquelles elles sont responsables – par exemple, un organisme qui fournit des renseignements sur ses activités à un organisme de surveillance indépendant. En pratique, la responsabilité implique souvent à la fois le contrôle et le fait de demander des explications, mais par des entités différentes. La

[1] Geoffrey Marshall, « Police accountability revisited », dans D. Butler et A. Halsey, éds., *Policy and Politics* (London : Macmillan, 1978), p. 51 à 65.

responsabilité au sein d'une organisation, à un ministre ou au pouvoir exécutif, implique habituellement le contrôle, mais la même organisation peut également devoir rendre des comptes à une autorité qui n'exerce pas un contrôle direct sur ses activités, mais qui peut exiger la collaboration de l'organisation sous forme de renseignements sur ses activités. Par exemple, les ministères assument la gestion interne des opérations financières de leurs services, mais ils font également l'objet d'un examen externe de la part du vérificateur général et du Comité des comptes publics de la Chambre des communes. Il s'agit de deux exemples de responsabilité, mais la gestion interne correspond à la responsabilité comme élément de contrôle, alors que la vérification externe correspond à la responsabilité comme devoir d'explication.

La responsabilité prend parfois une autre forme. Les mécanismes de responsabilité semblent impliquer l'exercice d'un pouvoir ou d'une influence sur les personnes tenues de rendre des comptes, que le pouvoir ou l'influence corresponde à un contrôle ou à une collaboration. Cependant, la responsabilité peut également conférer une certaine *légitimité* aux personnes ou aux organisations qui rendent des comptes. En gérant efficacement la présentation des renseignements sur leurs activités, les organisations peuvent présenter une image positive d'elles-mêmes[2]. En ce sens, on dit parfois que les organismes d'examen externe sont « indûment influencés » (« captured ») par les organismes qui font l'objet de l'examen. La responsabilité peut mener à un tel résultat, sans que cela soit inévitable. Ceux qui conçoivent des mécanismes de responsabilité doivent être conscients de cette possibilité.

En examinant la responsabilité dans une perspective d'amélioration du rendement des gouvernements, l'ancien haut fonctionnaire et spécialiste de l'administration publique

---

[2] Richard Ericson emploie le terme « responsabilité » (en anglais, « account ability ») pour décrire [TRADUCTION] « la capacité de fournir un rapport d'activités qui explique celles-ci de manière crédible, de sorte qu'elles semblent respecter les droits et obligations afférents à la responsabilité. » Richard V. Ericson, « The news media and account ability in criminal justice », dans Philip C. Stenning, éd., *Accountability for Criminal Justice: Selected Essays* (Toronto : University of Toronto Press, 1995), p. 137.

David A. Good relève trois façons d'aborder la responsabilité, en quelque sorte de l'intérieur[3] :

- la responsabilité vue comme un élément de contrôle
- la responsabilité vue comme un élément visant à rassurer
- la responsabilité vue comme un élément d'apprentissage.

La responsabilité vue comme un élément de contrôle vise les abus et le détournement de l'autorité publique. D'autre part, la responsabilité vue comme un élément visant à rassurer, vise à rassurer le Parlement et le public que les pouvoirs publics et l'argent des impôts sont utilisés de manière légitime et selon les règles de l'éthique. La responsabilité vue comme un élément d'apprentissage vise les moyens qui peuvent être employés pour que l'évaluation du rendement favorise l'amélioration de la gestion. David A. Good rappelle toutefois que chacun de ces volets de la responsabilité dissimule des tensions et des contradictions, particulièrement lorsque les organisations s'intéressent simultanément aux trois. Il conclut que [TRADUCTION] « toute perspective unique de la responsabilité est immanquablement partiale et incomplète, et elle fait concurrence aux autres. C'est en combinant et en accordant habilement ces trois perspectives que nous sommes susceptibles de constater les plus grands progrès. »[4]

Confidentialité et responsabilité

La responsabilité et la transparence vont de pair. Toutefois, l'administration publique n'est jamais totalement « publique ». Une bonne partie des activités gouvernementales s'exercent nécessairement derrière des portes closes, tout comme les sociétés privées exercent leurs activités sans publicité et à l'abri du regard des compétiteurs. Dans les deux cas, il existe de bonnes raisons de garder le secret. Bien entendu, on invoque parfois de mauvaises raisons pour justifier le secret, et il incombe aux organismes de vérification et d'examen de mettre à jour ces mauvaises raisons et de déterminer si l'on cherche à dissimuler des activités dont on devrait révéler l'existence. Dans le même ordre d'idées, la

---

[3] David A. Good, *The Politics of Public Management: the HRDC Audit of Grants and Contributions* (Toronto : University of Toronto Press, 2003), p. 166 à 173, citant Peter Aucoin et Ralph Heintzman, « The dialectics of accountability for performance in public management reform », *International Review of Administrative Sciences* 66:1 (mars 2000), p. 43 à 53.

[4] Good, *op. cit.*, p. 179.

responsabilité doit reconnaître et respecter les raisons valables de garder le secret et tenir compte des limites que ces raisons imposent à la transparence.

Comme le sociologue de l'organisation bureaucratique Max Weber faisait remarquer il y a longtemps, la bureaucratie est caractérisée par le fait que ses opérations sont gardées aussi secrètes que possible[5]. Un éminent observateur des activités du gouvernement britannique qualifie le secret administratif de [TRADUCTION] « vertu primordiale et caractéristique dominante de Whitehall » et laisse entendre que [TRADUCTION] « le secret est la substance adhésive qui assure une certaine cohésion à la fragile structure du gouvernement central [...] Parmi toutes les règles de gouvernement, la confidentialité est la plus sacrée. »[6] Le politicologue canadien Donald Savoie fait remarquer que [TRADUCTION] « la situation n'est pas très différente au Canada [...] Le secret et la confidentialité ont également imprégné les opérations gouvernementales au Canada. »[7]

La nature hautement concurrentielle et partisane du Parlement est une des causes du maintien de la confidentialité. L'opposition se sert des renseignements qu'il obtient sur le gouvernement pour critiquer celui-ci. Les gouvernements tentent de minimiser les risques politiques en limitant la transparence et en présentant l'information de manière à accroître leur crédibilité politique. Le gouvernement et l'opposition ne font que remplir leur rôle respectif dans un environnement démocratique concurrentiel, mais il en résulte que le secret est la règle et la divulgation l'exception (imposée ou voulue, selon le cas). Le système de gouvernement de type britannique a toujours appliqué le principe selon lequel les délibérations du cabinet doivent demeurer strictement confidentielles; « les documents confidentiels du cabinet » (y compris non seulement les procès-verbaux et les décisions du cabinet, mais également les autres documents du cabinet) sont soustraits à l'application de la *Loi sur l'accès à l'information*.

---

[5] H. A. Gerth et C. Wright Mills, éds., *From Max Weber: Essays in Sociology* (London : Routledge, 1970) p. 233 et 234.
[6] Peter Hennessy, *Whitehall* (London : Fontana Press, 1990), p. 345 et 346.
[7] Donald J. Savoie, *Breaking the Bargain: Public Servants, Ministers, and Parliament* (Toronto : University of Toronto Press, 2003) p. 44.

Bien sûr, le maintien du secret administratif est aussi fondé sur des considérations d'ordre juridique et éthique. Plus l'appareil gouvernemental est imposant et plus ses opérations touchent et influencent la société, plus il lui sera nécessaire de garder le secret en ce qui concerne ses plans, de crainte que des entités privées tirent des avantages financiers ou concurrentiels de « renseignements privilégiés ». D'où la nécessité d'entourer du secret la préparation des budgets (compte tenu de leurs incidences fiscales), ou l'élaboration des instruments réglementaires destinés à régir le secteur privé.

Le secret dans l'administration publique est peut-être inévitable, mais la question du niveau de confidentialité acceptable et de ses limites soulève fréquemment des controverses, particulièrement lorsque la responsabilité est en cause. Les exigences administratives de la confidentialité et le besoin d'une certaine transparence au vu de l'obligation des gouvernements de rendre compte sont constamment en équilibre instable. La responsabilité est inefficace lorsque la confidentialité est excessive ou lorsqu'elle sert délibérément et illégitimement à dissimuler l'incompétence ou la faute. Cependant, un mécanisme de responsabilité qui ne respecte pas les motifs légitimes qui sous-tendent la confidentialité sera inacceptable et impossible à appliquer. Ces mécanismes sont conçus pour maintenir un équilibre entre le secret et la transparence, tâche qui est parfois complexe. Ce juste équilibre est la clé d'un cadre de responsabilité efficace. Bien sûr, ceci est plus facile à dire qu'à faire.

Responsabilité en matière de sécurité nationale

Si la responsabilité et la confidentialité sont généralement en équilibre instable, cela est encore plus vrai en matière de sécurité nationale et d'application de la loi. Ces domaines présentent des difficultés particulières, qu'on ne rencontre habituellement pas dans d'autres secteurs gouvernementaux. Les services de sécurité, les services de renseignement et les services de police ont des exigences de confidentialité spéciales et nécessaires qui sont plus rigoureuses que les exigences de confidentialité applicables à d'autres secteurs d'opérations du gouvernement.

Dans le passé (et c'est même encore le cas aujourd'hui dans certains pays), la proposition selon laquelle les activités des services de renseignement et des services de police doivent demeurer secrètes – même au point de ne reconnaître la nécessité d'aucune forme d'examen ou de surveillance externe – semblait presque aller de soi. Les menaces envers la sécurité du Canada qui sont de nature clandestine et conçues de façon à rester secrètes ne peuvent être combattues par les organismes chargés de les évaluer et contrer que si ceux-ci agissent de façon clandestine et dans le secret. Cet argument d'ordre général difficilement contestable semblerait exclure l'application à ces organismes de tout mécanisme efficace de responsabilité externe; il ne resterait alors que les procédures d'examen et de surveillance internes, mises en oeuvre par les organismes eux-mêmes ou par leurs dirigeants politiques au détriment de la transparence. Cet argument n'est plus accepté au Canada où on a mis en place, au cours des dernières décennies, des formes d'examen externe à l'égard des services de renseignement et des services de police. Si on ne peut plus soutenir que l'exigence *générale* de confidentialité exclut l'examen externe, il n'en demeure pas moins que les exigences de confidentialité *particulières* doivent être pleinement prises en considération dans la conception des mécanismes de responsabilité dans ce domaine. Nous examinerons ces diverses exigences particulières tour à tour.

Confidentialité des sources

Les services de sécurité et les services de renseignements ont toujours compté sur des *sources humaines* d'information. Ils ont toujours catégoriquement soutenu que l'identité de leurs sources et de leurs agents d'infiltration devait être préservée autant que possible. L'anonymat des sources est essentielle lorsqu'il s'agit de les recruter et de les retenir : quel que soit les motifs de la collaboration (lesquels peuvent aller de l'idéalisme à la coercition en passant par les incitatifs financiers, ou des combinaisons de ces motifs), les sources humaines éventuelles doivent être assurées que leur double identité ne sera pas divulguée. Dès que l'identité d'une source est divulguée, son utilité est réduite à néant. Dans de nombreux cas, par exemple l'infiltration d'organisations violentes, la protection de l'identité d'une source peut littéralement être une question de vie ou de mort.

La *Loi sur le SCRS* prévoit que tout employé ou ancien employé qui divulgue sans autorisation l'identité d'une personne qui a fourni au SCRS « des informations ou une aide à titre confidentiel » ou « qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées » du SCRS est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans[8]. La *Loi sur l'accès à l'information* prévoit des exemptions à l'égard des « renseignements qui permettraient de remonter à une source de renseignements confidentielle » dans le cadre des enquêtes effectuées par les organismes d'application des lois pénales, ou des « documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de nuire à la sécurité des individus. »[9] La divulgation des sources de renseignements confidentielles a parfois posé un problème lorsqu'il s'agissait de décider si des poursuites criminelles devaient être intentées relativement à des affaires de sécurité nationale qui reposaient sur le témoignage de sources confidentielles. La partie 3 de la *Loi antiterroriste* renferme un certain nombre de modifications à la *Loi sur la preuve au Canada*[10] qui visent à empêcher la divulgation, auprès d'un tribunal, de l'identité des sources dans des affaires antiterroristes[11].

Confidentialité des méthodes d'enquête et du savoir faire

Il est tout aussi important pour les services de renseignement et les organismes d'application de la loi de protéger l'information portant sur leurs méthodes d'enquête, y compris les moyens techniques employés pour la surveillance intrusive. Étant donné que les cibles de la surveillance à des fins de sécurité et d'enquêtes criminelles constituent des menaces clandestines envers la sécurité du Canada, les méthodes employées pour cerner et évaluer ces menaces et, à l'occasion, pour intenter des poursuites, doivent nécessairement demeurer secrètes, puisque l'obtention de tels renseignements pourrait permettre aux personnes ciblées d'éviter d'être détectées. Il y a toute une gamme d'activités qui peuvent tomber sous le rubrique de « méthodes d'enquête », y compris l'affectation ou la budgétisation des ressources, la technologie opérationnelle ou le

---

[8] *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (*Loi sur le SCRS*), par. 18(1).

[9] *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, sous-al. 16(1)*c*)(ii) et art. 17. Le sous-al. 22(1)*b*)(ii) et l'art. 25 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, contiennent des exemptions similaires.

[10] L.R.C. (1985), ch. C-5.

« savoir faire » des agents de l'organisme (l'expérience accumulée dans l'exercice de leur profession ainsi que la culture de l'organisme). Tout comme les sources humaines, les méthodes d'enquête sont soustraites à la divulgation aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et leur divulgation devant les tribunaux peut être interdite aux termes des dispositions renforcées en matière de preuve que l'on trouve dans la *Loi antiterroriste*.

Confidentialité des renseignements obtenus de l'étranger à titre confidentiel

Une des principales raisons du respect de la confidentialité, particulièrement au cours des dernières années, est le fait que les services de renseignement et les organismes d'application de la loi au Canada utilisent des renseignements qu'ils ont obtenus à titre confidentiel des gouvernements étrangers et de leurs organismes, ou d'organisations internationales. Une bonne partie des renseignements sur lesquels le Canada se fonde pour évaluer les menaces envers la sécurité du pays provient d'échanges de renseignements avec des organismes de pays amis qui coopèrent avec des organismes canadiens. La plupart des renseignements que le Canada obtient sont désignés comme confidentiels et sont communiqués uniquement sous réserve d'une garantie de ne pas les divulguer publiquement. Dans certains cas, on exige même que les renseignements ne soient utilisés que par l'organisme particulier auquel ils ont été communiqués, qui doit en limiter la circulation, même à l'égard d'organismes affiliés. Le Canada, à son tour, partage des renseignements de sécurité avec les organismes étrangers qui coopèrent avec les organismes canadiens, selon le même principe de confidentialité. Le non-respect de ces ententes pourrait entraîner le démantèlement des réseaux d'échange de renseignements, ce qui risquerait de nuire considérablement à l'efficacité de la collaboration en matière de sécurité et d'application de la loi au Canada et à l'étranger. Ainsi, les organismes canadiens insistent pour que les renseignements qui leur ont été communiqués à titre confidentiel par des organismes affiliés ou coopérant avec nous soient protégés contre toute divulgation non autorisée. Un certain nombre de garanties juridiques sont par ailleurs prévues par diverses lois canadiennes, notamment la nouvelle *Loi sur la protection de l'information*, et offertes dans les procédures en matière de

---

[11] L.C. 2001, ch. 41, partie 3, art. 43 à 46.

preuve devant les tribunaux du pays, lorsque la divulgation des renseignements pourrait être considérée comme étant nuisible aux relations internationales.

Ces trois aspects de la confidentialité – l'identité des sources humaines, les sujets et méthodes d'enquête; et les relations avec les autres corps policiers et services du renseignement de sécurité au Canada et à l'étranger, y compris les renseignements obtenus de ces organismes à titre confidentiel – constituent les principales préoccupations des services de sécurité et des organismes d'application de la loi en ce qui a trait à la protection de l'information. Si la nécessité de la confidentialité est évidente, les frontières précises définissant ce qui doit demeurer secret et ce qui peut être divulgué ne sont pas toujours claires et soulèvent souvent la controverse. En matière de responsabilité, les organismes peuvent exprimer à l'égard de la confidentialité des préoccupations légitimes qui sont encore plus importantes que celles des organismes gouvernementaux ordinaires. Cependant, on ne tolère plus que ces organismes agissent en fait comme juges uniques dans leurs propres affaires en décidant de ce qui doit demeurer secret et de ce qui peut être divulgué. Les décisions concernant la divulgation peuvent habituellement faire l'objet d'un contrôle judiciaire, même si cela implique la tenue d'audiences *ex parte*, au cours desquelles les documents secrets sont examinés à huis clos. Les mécanismes de responsabilité touchant la sécurité nationale prévoient typiquement un mélange de publicité et de confidentialité. Les organismes d'examen ont accès à des renseignements qui ne peuvent être divulgués ou dont l'existence même ne peut dans certains cas être révélée au public; cela ne doit cependant pas les dissuader de faire publiquement rapport de leurs conclusions tout en résumant le matériel confidentiel autant que faire se peut. À l'occasion, les différends entre les organismes visés par l'examen et ceux qui examinent leurs activités au sujet de la divulgation peuvent devoir être tranchés par un tiers. Toutefois, les exigences de confidentialité ne devraient plus en aucun cas constituer un empêchement absolu à la responsabilité envers l'extérieur.

En outre, la confidentialité n'est pas simplement une question d'opposition entre les initiés et les gens de l'extérieur. Au sein du pouvoir exécutif, les services de sécurité et de renseignement ont un accès privilégié à des renseignements confidentiels auxquels n'ont

généralement pas accès les autres ministères ou organismes. Leur responsabilité est moins étendue dans la mesure où ils peuvent ne pas communiquer des renseignements à d'autres organismes de l'exécutif. Même au sein des services de sécurité et de renseignement, on applique des mesures de *cloisonnement* reconnues, ainsi que le principe du « *besoin de savoir* », qui restreignent la transparence des opérations envers les collègues, et à plus forte raison envers les gens de l'extérieur. Il s'agit là d'un problème qui ne fait qu'accentuer la nécessité de la responsabilité au sein du gouvernement ainsi qu'envers l'extérieur[12].

La sécurité nationale et l'application de la loi

La nécessité de maintenir un niveau de confidentialité élevé en ce qui a trait aux questions touchant à la sécurité nationale ne constitue pas le seul obstacle à la responsabilité. Les menaces envers la sécurité nationale posent un problème *de renseignement* aux gouvernements, qui sont responsables de la protection de la sécurité publique et de la promotion de l'intérêt national. Les services de sécurité et de renseignement recueillent de l'information et évaluent de telles menaces, exerçant pour ce faire des pouvoirs extraordinaires et ayant notamment recours à la surveillance intrusive. Les menaces envers la sécurité posent également un problème en ce qui concerne l'*application de la loi*, au titre de laquelle des enquêtes et des poursuites criminelles peuvent être lancées.

Au Canada, avant 1984, les évaluations en matière de renseignement de sécurité et les enquêtes criminelles sur la sécurité nationale relevaient toutes deux de la GRC. Après que la Commission d'enquête McDonald eut formulé ses recommandations en 1981[13], le gouvernement canadien a convenu qu'il était contre-indiqué de confier ces deux

---

[12] Se fondant sur sa vaste expérience en matière de surveillance des activités de renseignement américaines, feu le sénateur américain Daniel Moynihan faisait remarquer ceci : [TRADUCTION] « Les départements et les agences accumulent les renseignements, et le gouvernement devient une sorte de marché. Les secrets deviennent des biens organisationnels qui ne doivent jamais être partagés, si ce n'est en échange de biens d'une autre organisation. [...] [L]es coûts du système peuvent être énormes. L'absence d'information et la non-communication des renseignements créent un vide qui amène les autorités à prendre de mauvaises décisions ou à ne pas en prendre du tout. » Daniel Patrick Moynihan, *Secrecy: the American Experience* (New Haven & London : Yale University Press, 1998), p. 73.

[13] Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, deuxième rapport, *La liberté et la sécurité devant la loi* (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, août 1981).

responsabilités à un seul service de police. Par conséquent, en 1984, le Parlement a adopté la *Loi sur le SCRS*, qui créait le SCRS, un service du renseignement de sécurité qui n'avait pas le pouvoir de lancer des enquêtes ou des poursuites criminelles, ainsi que la *Loi sur les infractions en matière de sécurité*[14], qui précise les responsabilités de la GRC en matière d'application de la loi dans le cas des infractions en matière de sécurité nationale. Ce partage institutionnel des responsabilités en matière de sécurité nationale existe depuis longtemps au Royaume-Uni, où le Security Service (ou MI-5) est distinct de la Special Branch, qui est responsable de l'application du droit pénal. Aux États-Unis, par contre, le Federal Bureau of Investigation (FBI) continue de s'occuper à la fois du renseignement de sécurité et de l'application de la loi en matière de sécurité nationale.

Quelle que soit la structure institutionnelle, il est important, lorsqu'il s'agit de mettre en place des mécanismes de responsabilité appropriés, de tenir compte de la distinction entre les activités en matière de renseignement de sécurité et les activités liées à l'application de la loi. S'agissant de l'application de la loi, le Canada a adopté le principe bien connu de l'*indépendance de la police*, selon lequel il doit y avoir une relation à distance entre le contrôle politique externe et les décisions de lancer des enquêtes criminelles (ou d'y mettre fin), ou d'intenter des poursuites. Ce principe est largement accepté en tant que mesure de sauvegarde nécessaire contre la possibilité qu'un gouvernement abuse de ses pouvoirs d'application de la loi en s'en servant arbitrairement contre ses adversaires. S'agissant du renseignement de sécurité, le contrôle politique direct des organismes procédant à l'évaluation des menaces envers la sécurité nationale est généralement considéré comme une mesure non seulement souhaitable, mais nécessaire. En l'absence d'un tel contrôle sous forme de responsabilité ministérielle, les services de renseignements de sécurité pourraient, en raison du fait qu'ils possèdent des pouvoirs extraordinaires et intrusifs, être perçus comme une menace éventuelle incontrôlée non seulement à l'égard des droits et libertés des citoyens, mais également envers le gouvernement au pouvoir. Lorsque les deux fonctions se chevauchent, particulièrement au sein même d'un organisme, il y a inévitablement une tension entre la nécessité d'exercer un contrôle à distance et celle d'exercer un contrôle direct.

---

[14] L.R.C. (1985), ch. S-7.

En 1984, le Parlement a mis en place des mécanismes différents de responsabilité pour le SCRS et la GRC, reflétant ainsi leurs rôles différents et les différents principes de gouvernance y afférents. Toutefois, en pratique il peut s'avérer difficile de séparer les questions de l'application de la loi en matière de sécurité nationale et les activités de renseignement de sécurité. Par exemple, lorsqu'il s'agit de décider si une poursuite criminelle doit être intentée relativement à une affaire de terrorisme ou d'espionnage, il peut s'avérer nécessaire de rechercher un compromis entre l'intérêt public à obtenir une déclaration de culpabilité et le désir du gouvernement de préserver l'anonymat d'un ou de plusieurs agents d'infiltration afin de continuer à obtenir de l'information sur les opérations d'une organisation ou d'un réseau hostile. Les poursuites intentées contre des personnes associées à un État étranger ou à un réseau étranger non étatique peuvent avoir une incidence sur la politique étrangère du Canada. La décision de lancer ou non une poursuite contre une association de bienfaisance qui finance indirectement des activités terroristes peut avoir des répercussions sur les droits et privilèges de particuliers et de groupes identifiables au Canada, ce qui constitue une préoccupation politique légitime de tout gouvernement démocratique. Il faut pleinement tenir compte de la complexité de ces fonctions et de leur chevauchement lorsqu'il s'agit de concevoir des mécanismes de responsabilité appropriés à l'intention d'un organisme d'application de la loi impliqué dans les questions de sécurité nationale.

La responsabilité *pour quoi*?

La responsabilité peut être utilisée relativement à la *pertinence* ou à l'*efficacité*. En pratique, elle se rapporte invariablement aux deux, mais une distinction d'ordre conceptuel devrait être établie entre elles, puisqu'elles impliquent des mécanismes de responsabilité quelque peu différents[15]. La pertinence fait référence au respect des lois et des normes éthiques, s'agissant tant des fins que des moyens. Les objectifs du service de

---

[15] R. Whitaker, « The politics of security intelligence policy-making in Canada : 1 1970-1984 », *Intelligence & National Security* 6:4 (1991), p. 650; R. Whitaker, « Designing a balance between freedom and security », dans Joseph F. Fletcher, éd., *Ideas in Action: Essays on Politics and Law in Honour of Peter Russell* (Toronto : University of Toronto Press, 1999), p. 130 à 132.

sécurité s'harmonisent-ils avec les valeurs de la société? Les méthodes employées sont-elles acceptables sur le plan éthique au regard des objectifs et des valeurs démocratiques? L'efficacité tend à mettre l'accent sur la relation entre la fin et les moyens pour l'atteindre: les moyens sont-ils efficaces et d'un rapport correct compte tenu de leur coût?

S'agissant de la pertinence, des questions se posent avant tout à l'égard des organismes de sécurité nationale; elles reflètent une préoccupation que ces organismes puissent abuser de leurs pouvoirs et, en l'absence d'un contrôle politique démocratique sur les organismes qui fonctionnent dans le secret, que ceux-ci puissent, dans ce contexte, constituer une menace pour les droits des citoyens et le principe du primauté du droit. Cependant, on pourrait tout aussi valablement exprimer une préoccupation inverse, à savoir que les gouvernements pourraient utiliser leurs organismes de sécurité nationale à mauvais escient, visant leurs adversaires politiques et les activités légitimes d'individus ou de groupes qu'ils désapprouvent. Ces deux types d'abus possibles menacent gravement les principes fondamentaux d'une société libre. Tout mécanisme de responsabilité efficace devrait tenir compte du risque que les organismes de sécurité nationale échappant au contrôle politique commettent des abus, et du risque que les gouvernements abusent de leurs pouvoirs en matière de sécurité nationale à des fins partisanes. La responsabilité en matière de sécurité nationale requiert donc des mécanismes qui permettent de rechercher un équilibre entre ces deux préoccupations.

La responsabilité *envers qui*?

Cela nous amène à un autre aspect de la responsabilité : *à qui* l'organisme doit-il rendre des comptes? En gros, il y a cinq acteurs visés par la responsabilité : l'*exécutif*, le *judiciaire* et les *organes législatifs* du gouvernement, les *enquêtes publiques* instituées à l'occasion, ainsi que le *public* (qui constitue un concept plus diffus).

La responsabilité envers l'exécutif se rapporte essentiellement à l'efficacité : l'organisme fait-il ce que l'exécutif lui a demandé de faire, et agit-il efficacement? La responsabilité envers le judiciaire a presque exclusivement trait à la pertinence : l'activité est-elle

exercée en conformité avec la loi? Dans les deux cas, la responsabilité implique pour l'essentiel une forme de contrôle, étant donné que les organismes doivent se conformer aux directives du cabinet et aux décisions judiciaires.

La responsabilité envers les organes législatifs est généralement mixte, se rapportant à la fois à l'efficacité et à la pertinence, l'accent étant mis sur l'une ou l'autre selon les préoccupations et l'orientation des législateurs. Dans un système de gouvernement de type britannique, la responsabilité envers le Parlement vise davantage, en pratique, à obtenir des explications qu'à exercer un contrôle.

La même remarque pourrait à peu près s'appliquer aux enquêtes publiques[16], dont les recommandations sont à titre consultatif et ne lient pas les gouvernements. Les enquêtes publiques portant sur des questions de sécurité nationale au Canada ont souvent davantage mis l'accent sur la pertinence que sur l'efficacité, étant donné qu'elles ont le plus souvent été déclenchées suite à des allégations de scandale quelconque. Le mandat des enquêtes peut également comprendre l'examen de questions d'efficacité. À l'occasion, des enquêtes publiques ont essentiellement pour mandat d'examiner l'efficacité, comme ce fut le cas de la commission d'enquête sur les attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis, qui devait examiner les raisons pour lesquelles les services de renseignement n'avaient pas réussi à prévoir et à empêcher les attaques terroristes du 11 septembre 2001.

S'agissant de la responsabilité envers le grand public, elle est plus difficile à prévoir, mais la question de la pertinence est plus souvent soulevée que celle de l'efficacité, étant donné que les renseignements sur cette dernière question sont plus rares et que le public, particulièrement les médias (qui *influencent* l'opinion en ce qui a trait aux questions touchant la sécurité nationale), réagit davantage aux scandales et aux méfaits plutôt qu'aux détails – compliqués, difficiles à comprendre et souvent ennuyeux – concernant l'efficacité des institutions et des procédés que celles-ci emploient. Si les médias ou le

---

[16] Kent Roach, « Canadian public inquiries and accountability », dans Stenning, *Accountability for Criminal Justice*, op. cit., p. 268 à 293.

public expriment effectivement des préoccupations à l'égard d'une question d'efficacité, c'est plus souvent qu'autrement à cause d'un scandale. La responsabilité envers le grand public est un concept plus diffus que les quatre autres types, puisqu'il y a peu de liens directs entre les organismes de sécurité nationale et le public, si ce n'est que ces organismes produisent des rapports publics annuellement ou de façon ponctuelle, ou que leurs activités sont indirectement portées à la connaissance du public lorsqu'ils répondent de leurs actes à l'exécutif, aux organes législatifs, au judiciaire ou aux enquêtes spéciales. Une question spécifique à la responsabilité envers le public porte sur les lois d'accès à l'information et la facilité ou difficulté avec laquelle les médias ou le public ont accès aux renseignements concernant la sécurité nationale. Au Canada, la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* sont entrées en vigueur au milieu des années 80. Quant à leur objectif d'assurer une meilleure diffusion de l'information au public sur les activités des organismes de sécurité nationale, elles ont connu un succès mitigé.

La responsabilité *par qui?*

Il est facile de confondre la question de la responsabilité *envers qui* et de la responsabilité *par qui*. Bien qu'il y ait parfois recoupement entre les deux, la distinction entre ces deux concepts doit être maintenue. La responsabilité « *par qui* » renvoie à l'organisme spécifique qui effectue réellement l'examen, ce qui diffère de l'organisme auquel il rend compte de ses conclusions. Les deux organismes relèvent souvent du même organe de gouvernement, mais ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, la *Loi sur le SCRS* confie à deux organismes d'examen distincts le mandat de surveiller les activités du SCRS. L'inspecteur général fait rapport exclusivement, et secrètement, au ministre responsable, ce qui correspond exactement à la responsabilité envers l'exécutif, à la fois au sens de la responsabilité « *par qui* » et de la responsabilité « *envers qui* ». Cependant, le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS), constitué en tant qu'organisme indépendant, fait rapport au ministre responsable, mais également au Parlement et, par la publication de ses rapports annuels, au grand public.

Un comité parlementaire faisant rapport uniquement au Parlement correspondrait exactement à la responsabilité envers le Parlement, mais un comité composé de parlementaires qui fait d'abord rapport au premier ministre (comme c'est le cas au Royaume-Uni) est un exemple de responsabilité à la fois envers l'exécutif et le Parlement. Le vérificateur général, qui procède régulièrement à l'examen des activités opérationnelles du gouvernement canadien en matière de sécurité nationale est, même s'il/elle est nommé par l'exécutif, un agent parlementaire indépendant qui est responsable devant le Comité des comptes publics de la Chambre des communes.

Il existe au Canada, ainsi que dans d'autres pays, une grande variété de mécanismes de responsabilité. Aucun modèle particulier ne saurait être considéré comme le meilleur dans tous les cas, étant donné que le contexte constitutionnel et politique peut varier. Toutefois, il peut être utile de tenir compte de certaines caractéristiques générales lorsqu'on examine les divers mécanismes (la responsabilité « *par qui* »). Quel doit être le degré d'autonomie ou d'indépendance de l'organisme qui procède à l'examen, y compris vis-à-vis des pressions politiques ou autres? L'organisme est-il doté de ressources suffisantes pour s'acquitter de sa tâche? Peut-il interroger des personnes et consulter des documents de manière à être en mesure de remplir son mandat d'examen? Enfin, a-il une légitimité suffisante pour que ses conclusions soient prises au sérieux et non tout simplement comme une intervention symbolique ou une approbation à l'aveuglette? Il existe plusieurs mécanismes institutionnels particuliers qui permettent de répondre à ces questions.

La responsabilité *de qui?*

La question de savoir qui doit rendre des comptes peut sembler évidente à prime abord, mais elle devient plus compliquée lorsqu'on l'examine de plus près. Dans plusieurs cas, les lois précisent quel organisme doit rendre des comptes à la suite d'un examen. C'est le cas des mécanismes de responsabilité prévus par la *Loi sur le SCRS*, le SCRS étant l'objet ou la préoccupation centrale des divers mécanismes. Le directeur du SCRS est chargé de voir au bon fonctionnement du Service; cependant, il est également comptable au sous-ministre (anciennement le sous-solliciteur général, maintenant le sous-ministre de

Sécurité publique et Protection civile Canada), qui est à son tour comptable au ministre, lequel est en définitive responsable, devant le Parlement, de tout ce qui a trait au SCRS. On a estimé qu'une structure hiérarchique bien définie et une définition précise de l'étendue de la responsabilité ministérielle étaient essentielles à la conception d'un mécanisme de responsabilité efficace. Toutefois, dans le cas de la GRC, qui a le mandat de veiller à l'application de la loi et de procéder à des enquêtes criminelles, le principe de l'indépendance de la police implique une autorité et une responsabilité ministérielle plus complexes.

Malgré les ambiguïtés, les mécanismes de responsabilité qui sont axés sur une organisation particulière et sa structure hiérarchique ont le mérite d'être clairs. Cependant, la tendance actuelle en matière d'administration publique est de mettre en doute cette façon de procéder. La nouvelle administration publique insiste sur la suppression des frontières ministérielles et organisationnelles traditionnelles et sur les partenariats de travail entre toutes les composantes organisationnelles, sans égards aux champs de compétences, et même sur la collaboration entre les secteurs public et privé, tendant ainsi vers un nouveau style de « gestion sans frontière ». Donald Savoie écrit ceci : [TRADUCTION] « La responsabilité envers le public, au sens traditionnel, a perdu tout son sens par suite de la création d'un nombre ahurissant d'organismes quasi publics ou quasi privés »[17]. Il fait ensuite remarquer que les mécanismes de responsabilité ont surtout été conçus suivant le modèle de l'ancien système de division entre les ministères qui délimitait clairement les responsabilités de chacun d'eux. Ainsi, la tendance à supprimer les frontières a eu pour effet de [TRADUCTION] « diminuer la responsabilité plus que toute faiblesse de la doctrine de la responsabilité ministérielle. »[18] Il s'agit là d'une question qui doit être examinée attentivement lorsqu'on envisage de reformer ou d'améliorer des mécanismes de responsabilité existants.

---

[17] *Breaking the Bargain*, p. 244.
[18] *Ibid.*, p. 254.

La responsabilité *quand*?

La question de savoir quand la responsabilité est engagée est critique, notamment sur des questions sensibles de sécurité nationale. Des *conditions préalables*, d'ordre constitutionnel[19], juridique, normatif ou administratif, peuvent être imposées aux organismes et aux responsables, lesquels sauront ainsi ce qu'ils peuvent et ne peuvent pas faire, ou ce qu'ils ne devraient pas faire. Des formes de *surveillance continue* de leur conduite peuvent être exercées. Enfin, un examen *a posteriori* sous forme de rapports, de vérifications des comptes et d'évaluations permet au public de porter un jugement sur le rendement des organismes et des responsables. Chacune de ces mesures comporte des répercussions très différentes, à la fois sur les organismes et sur la nature de la responsabilité.

Une distinction peut être faite entre la responsabilité comme *surveillance* et comme *examen*. Les deux termes sont parfois employés indistinctement en ce qui a trait à la sécurité nationale[20]. Il peut cependant être utile de préciser la distinction entre ces deux termes. Comme l'écrivait un observateur : [TRADUCTION] « La "surveillance" implique la supervision, la vigilance, la gestion ou le contrôle, par opposition à l'"examen", qui vise le fait d'examiner de nouveau, de passer en revue ou de jeter un regard rétrospectif sur des événements et activités qui ont déjà eu lieu. Par conséquent, le processus d'examen, au sens strict, renvoie à un processus rétrospectif, alors que la

---

[19] Laurence Lustgarten, « Security services, constitutional structure, and varieties of accountability in Canada and Australia », dans Stenning, éd., *Accountability for Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 162 à 184.

[20] La partie III de la *Loi sur le SCRS* est intitulée « Review » en anglais et « Surveillance » en français, ce dernier terme ayant le plus souvent le sens de contrôle (« oversight » en anglais) que d'examen. De la même manière, le Comité de *surveillance* des activités de renseignement de sécurité (nom français) est rendu par l'appellation Security Intelligence *Review* Committee en anglais. Cette différence a donné lieu à l'occasion à des malentendus entre les observateurs. En 1990, le CSARS indiquait ceci : « Dans le présent rapport, nous franchissons nous-mêmes un cap mineur, dans l'espoir de mettre un terme à une discussion inutile sur notre façon d'utiliser indifféremment les expressions "contrôle" et "surveillance" pour décrire nos travaux des années précédentes. Dorénavant, nous utiliserons exclusivement le terme "surveillance". » Le rapport explique ensuite que l'emploi du terme « contrôle » (« oversight » en anglais) aurait pu être perçu comme une tentative de s'arroger les importants pouvoirs dévolus aux comités de contrôle du Congrès aux États-Unis et donc « d'élargir notre mandat au-delà de ce qui avait été prévu par le Parlement. » CSARS, *Rapport annuel 1989-1990* (Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, 1990), 1-2.

surveillance est davantage assimilée à un travail de chien de garde exercé à l'égard des activités courantes d'un organisme. »[21]

Le document de consultation que le gouvernement canadien a préparé cette année en vue de la mise sur pied d'un comité parlementaire chargé d'examiner la sécurité nationale établit une distinction nette entre ces deux termes, fondée sur le fait que leur emploi indistinct produit « une confusion et des signaux contraires ». Le document précise que le terme « surveillance », qui implique le contrôle, « est mieux compris [...] par référence au système américain de gouvernement où des comités du Congrès ont la "surveillance" d'organes fédéraux, ce qui veut dire que les comités contrôlent les organes en question, en participant jusqu'à un certain point à leur gestion et à leur direction. » Dans un système de gouvernement britannique comme celui que le Canada a adopté, on estime que la surveillance incombe aux ministres. L'examen, d'autre part, « offre une évaluation impartiale de la performance d'une organisation », ce qui favorise dans un certain sens une responsabilité accrue.

Une autre façon d'aborder cette question est de revenir sur la distinction entre la responsabilité caractérisée par l'exercice d'un *contrôle* et celle caractérisée par le droit d'exiger des *explications*. La « surveillance » implique un certain contrôle. S'agissant des comités de surveillance du Congrès américain, on leur a conféré des pouvoirs de quasi contrôle, notamment par le biais de l'exigence qu'ils soient informés à l'avance des activités clandestines prévues à l'étranger. Par ailleurs, dans les systèmes de gouvernement de type britannique, les députés qui ne sont pas membres du cabinet ne jouissent d'aucun pouvoir de contrôle sur les mesures prises par l'exécutif. L'« examen » correspond davantage à une demande d'explication qu'à l'exercice d'un contrôle, ce qui ne veut pas nécessairement dire que les examens *a posteriori* sont inefficaces. Le Bureau du vérificateur général procède à des vérifications dans le but d'informer le public du rendement des organismes, mais sa légitimité et son prestige incontestables, ainsi que le

---

[21] Marina Caparini, « Challenges of control and oversight of intelligence services in a liberal democracy », Centre pour le contrôle démocratique des forces armées de Genève, document de conférence présenté au cours de l'atelier intitulé « Workshop on Democratic and Parliamentary Oversight of Intelligence Services », Genève, 2002.

fait qu'il/elle s'adresse directement au Parlement et au public, peuvent contraindre l'exécutif.

L'examen efficace peut correspondre à une forme de contrôle indirect, en attirant l'attention sur les fautes passées et en invitant à des mesures correctives pour l'avenir. Mais plus important encore, l'examen efficace peut avoir pour effet de modifier les pratiques des organismes qui en font l'objet, en prévision d'examen à venir. Les procédures de contrôle interne peuvent refléter l'internalisation des recommandations formulées lors d'un examen externe. En d'autres termes, le fait qu'ils mettent l'accent sur l'examen plutôt que sur la surveillance n'est pas une admission que la responsabilité n'est pas prise au sérieux par les gouvernements de type britannique, mais signifie plutôt que ces derniers préfèrent ces mécanismes de responsabilité.